

Droit spécial des sociétés

Leçon 3 : Les sociétés sans personnalité morale

David LEMBERG-GUEZ

Table des matières

Section 1 : La société en participation.....	p. 2
§1. L'organisation de la société en participation.....	p. 3
§2. Les rapports avec les tiers.....	p. 3
Section 2 : La société créée de fait.....	p. 6
§1. Les hypothèses de sociétés créées de fait.....	p. 6
§2. La caractérisation de la société créée de fait.....	p. 7

Plan de la Leçon 2. La société est d'abord un contrat par lequel plusieurs personnes affectent à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (C. civ., art. 1832). Si l'immatriculation de la société lui confère la personnalité morale (C. civ., art. 1842), toutes les sociétés ne sont pas nécessairement immatriculées. Il existe donc des sociétés sans personnalité morale. L'absence d'immatriculation peut être volontaire, c'est le cas de la société en participation (Section 1) ou être involontaire lorsque les associés n'ont pas conscience d'avoir constitué une société, ce qui est le cas de la société créée de fait (Section 2).

Section 1 : La société en participation

Caractéristiques de la société en participation (C. civ., art. 1871). Les associés peuvent convenir que la société ne sera pas immatriculée. La société est dite alors « société en participation ». Elle ne bénéficie donc pas de la personnalité morale et n'est logiquement pas soumise à publicité. Il en ressort que la société en participation est une forme de société qui assure une grande confidentialité à ses membres. En principe, aux yeux des tiers, la société n'existe pas, sauf si les associés en révèlent l'existence. Réduite à une forme contractuelle, cette société offre une grande liberté d'organisation à ses associés.

N'étant pas immatriculée, la société en participation ne fait l'objet d'aucune publicité. Elle a donc un caractère occulte. En principe, la société en participation n'est connue que de ses membres. Toutefois, il n'est pas interdit aux associés d'en révéler l'existence mais cela n'est pas sans conséquences en termes d'engagement envers les tiers. De plus, en raison de l'absence d'immatriculation, la société ne jouira pas d'un patrimoine propre. Les apports de chaque associé restent donc leur propriété.

Utilités. Les raisons qui conduisent à la création d'une telle société sans personnalité juridique peuvent être diverses.

- La société en participation permet d'organiser une coopération entre différentes entreprises dans la réalisation d'un projet. Les membres du projet peuvent ne pas souhaiter rendre publique leur coopération mais tout de même vouloir organiser les relations dans la réalisation du projet commun (répartition du financement, désignation d'une personne chargée de prendre les décisions, gérer les biens mis en commun pour l'opération, etc.) Elle présente ainsi une utilité pour les projets d'ampleur, notamment ceux qui ont une dimension internationale. La société en participation est également une modalité d'organisation d'une collaboration entre professionnels libéraux. Ces derniers peuvent faire le choix de s'associer au sein d'une société dotée de la personnalité morale ou bien d'organiser leur collaboration grâce au seul contrat de société sans immatriculer cette dernière.
- La société en participation peut aussi servir à préciser les modalités d'utilisation d'un bien faisant l'objet d'une convention d'indivision. Elle peut ainsi permettre d'écarter la précarité de l'indivision qui veut que nul ne puisse être contraint à demeurer dans l'indivision et que le partage puisse toujours être provoqué (C. civ., art. 815). Ainsi, sauf disposition contraire, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis en application de l'article 1872 tant que la société n'est pas dissoute (C. civ., art. 1872-2, al. 2).
- La société en participation est encore utile pour les opérations qui requièrent un financement très important. Par exemple, un établissement financier peut refuser de prendre le risque de financer seul une opération de très grande ampleur et s'allier à d'autres établissements afin de partager le risque et les bénéfices. Cette association, au sein d'un pool bancaire, peut être organisée grâce à un contrat de société. Le chef de file de ce pool exercera alors la fonction de gérant de la société.
- Enfin, la convention de croupier peut être aussi analysée comme un contrat de société en participation. Rappelons que cette convention est celle par laquelle un associé d'une société, dénommé le cavalier, convient avec un tiers, le croupier, et sans le consentement des autres associés, de céder tout ou partie de ses droits dans les bénéfices et dans les pertes liées à sa qualité d'associé. La question est débattue mais la Cour de cassation a déjà pu qualifier la convention de contrat de société en participation entre le croupier et le cavalier (Cass. com., 15 déc. 1998, pourvoi n° 97-15.897).

Preuve de la constitution de la société (C. civ., art. 1871). L'article 1871 du Code civil précise que la société en participation peut être prouvée par tous moyens. Il n'en demeure pas moins que, pour des raisons de

sécurité juridique évidentes, il est préférable d'acter par écrit l'existence la société afin de limiter les risques de requalification en un autre acte juridique.

Plan de la Section 1. L'organisation de la société en participation (§1) précédera la présentation des rapports avec les tiers (§2).

§1. L'organisation de la société en participation

Liberté d'organisation et renvois à la SNC ou la société civile (C. civ., art. [1871-1](#)). À moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif. L'objet social détermine donc ici le régime qui s'applique dans le silence des statuts. Il découle des renvois à la SNC ou à la société civile que, sauf clause contraire, les décisions des associés de la société en participation doivent être prises à l'unanimité (respectivement : C. civ., art. [1852](#) et C. com., art. [L. 221-6](#)).

Les apports (C. civ., art. [1872](#)). En l'absence de publicité et d'immatriculation, la SEP ne dispose pas de la personnalité juridique ni d'un patrimoine propre, ce qui amène à se demander comment les associés peuvent procéder aux apports.

- Ils peuvent d'abord mettre à disposition de la société les biens qu'ils apportent. Concrètement, cette mise à disposition peut se faire au profit d'un associé, ou plus souvent au profit du gérant. Le gérant, ou l'associé, ne devient donc pas propriétaire de la chose mais en a seulement la jouissance pour les besoins de l'activité de la société.
- Les associés peuvent ensuite convenir que l'un d'entre eux devient à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social. L'un des associés acquiert ainsi la propriété des apports. Ces derniers entrent donc le patrimoine de l'associé désigné et sont ainsi à la portée des créanciers de l'associé récipiendaire.
- Les associés peuvent, enfin, convenir de mettre en indivision les biens affectés à l'activité, ce qui permet de reconstituer une sorte de patrimoine propre à cette société sans personnalité morale. Par ailleurs, sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société.
- Rappelons que, à moins qu'il n'en soit autrement convenu, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis en application de l'article 1872 tant que la société n'est pas dissoute (C. civ., art. [1872-2](#)).

Cession de parts sociales. La Cour de cassation a jugé que « *la circonstance que la société en participation ne soit pas titulaire d'un patrimoine propre ne fait pas obstacle à la cession par les associés des droits qu'ils tiennent du contrat de société* » (Cass. com., 15 mai 2012, pourvoi n° [11-30.192](#)).

La gérance. En raison du renvoi aux dispositions régissant la SNC et la société civile, le gérant peut, sous réserve de limites statutaires, faire tous les actes dans l'intérêt de la société (C. com., art. [L. 221-4](#) et C. civ., art. [1848](#)). Vis-à-vis des associés, le gérant a la qualité de mandataire des associés et peut, le cas échéant, engager sur ce fondement sa responsabilité en cas de faute de gestion.

Dissolution pour dénonciation du contrat (C. civ., art. [1872-2](#)). Alors qu'en principe, la durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans (C. civ., art. [1838](#)), la société en participation peut être conclue pour une durée indéterminée. Sa dissolution peut alors résulter, à tout moment, d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi. De plus, elle ne doit pas être faite à contretemps. Tel est le cas lorsque, par exemple, deux associés d'une société en participation constituent une société civile qui a débuté son exploitation avec la patientèle de la société en participation et dans ses locaux avant même la demande de dissolution (Cass. com., 14 avr. 2021, pourvoi n° [19-12.808](#)). Il s'agit en somme de protéger l'autre associé de la mauvaise foi de ses coassociés.

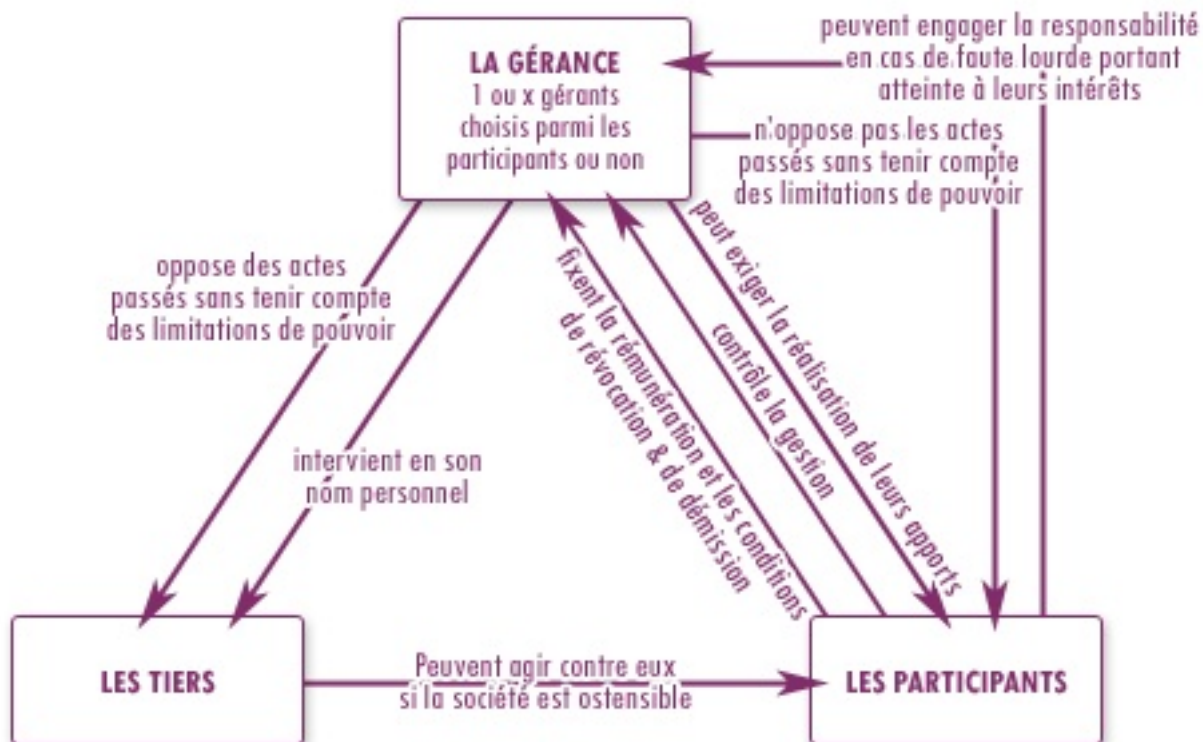
§2. Les rapports avec les tiers

Les rapports entre le gérant et les tiers. En raison du caractère occulte de la société en participation, le gérant agit en son nom lorsqu'il contracte avec un tiers. Par conséquent, il engage sa seule responsabilité personnelle dans les conditions du droit commun. En particulier, la Cour de cassation a jugé que « *toute faute commise par le gérant d'une société en participation, laquelle est dépourvue de personnalité juridique, constitue une faute personnelle de nature à engager sa responsabilité à l'égard des tiers, peu important qu'elle soit ou non détachable de l'exercice du mandat qui a pu lui être donné par les autres associés* » (Cass. com., 4 févr. 2014, pourvoi n° [13-13.386](#)). Autrement dit, la distinction qui existe entre les conditions d'engagement de la responsabilité dans l'ordre interne et dans l'ordre externe qui existe pour les sociétés dotées de la personnalité morale ne s'applique pas au gérant de la société en participation.

Les rapports entre les associés et les tiers (C. civ., art. [1872-1](#)). Le caractère occulte de la société joue également lorsqu'un associé s'engage envers un tiers. Ainsi, en principe, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers.

- Des exceptions sont néanmoins prévues. D'abord, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres. En somme, lorsque les associés renoncent au caractère occulte de la société en révélant son existence à un tiers, alors ils deviennent collectivement débiteurs de la dette. Dans la logique des renvois à la SNC ou la société civile, ils sont tenus solidairement si la société est commerciale et sans solidarité dans les autres cas. La jurisprudence exige des actes personnels des associés afin de caractériser ce renoncement au caractère occulte (Cass. com., 15 juill. 1987, pourvoi n° [86-10.787](#)). Les cas de révélation de la société en participation emportant obligation à la dette des associés sont donc admis de manière restrictive.
- Ensuite, un associé peut être aussi tenu lorsque, par son immixtion, il a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard. Il s'agit ici d'une hypothèse assez proche de la précédente de sorte qu'il n'est pas très aisé de les distinguer.
- L'associé est enfin tenu lorsqu'il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit. Cette règle a été introduite afin de briser une jurisprudence ancienne qui excluait l'exercice d'une action pour enrichissement sans cause contre l'associé d'une société en participation.

Fonctionnement de la société en participation



Fonctionnement de la société en participation

Section 2 : La société créée de fait

Distinction entre sociétés créées de fait et sociétés de fait. La société créée de fait doit être distinguée de la société de fait. La première renvoie à une situation dans laquelle les associés n'ont pas conscience d'avoir constitué une société alors que la société de fait est une société immatriculée mais qui a été annulée. L'enjeu tenait historiquement aux conditions de la liquidation de cette société annulée. La question est aujourd'hui directement tranchée par l'article [1844-15](#) du Code civil qui dispose que, lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Ainsi, à l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par justice.

Renvoi au régime de la société en participation. L'article [1873](#) du Code civil dispose que les dispositions régissant la société en participation sont applicables aux sociétés créées de fait. Si les deux sociétés sont donc soumises au même régime, une différence majeure les distingue. Alors que l'absence d'immatriculation de la société en participation résulte d'un choix des associés, la société créée de fait est une société dont les associés n'ont pas conscience de l'existence. Ainsi, c'est généralement au moment de la dissolution de la société créée de fait que celle-ci est révélée.

Plan de la Section 2. L'existence de la société créée de fait est invoquée tantôt par l'un des associés, tantôt par un tiers. Après avoir identifié les hypothèses dans lesquelles les sociétés créées de fait sont caractérisées (§1), il faudra préciser les conditions dans lesquelles l'existence d'une société créée de fait peut être invoquée (§2).

§1. Les hypothèses de sociétés créées de fait

Les sociétés créées de fait pour l'exploitation d'un fonds professionnel. Il est fréquent que le membre d'un couple soit propriétaire d'un fonds professionnel et que l'autre membre participe à son exploitation en dehors de toute organisation juridique. Si le couple est amené à se séparer, le membre qui s'est investi pour l'activité de l'autre peut être lésé par l'absence de compensation, ce qui renvoie en particulier à traiter la question du travail gratuit la plupart du temps fourni par les femmes. Mobiliser la société créée de fait au moment de la séparation du couple, c'est-à-dire lors de la liquidation de la société, pourrait alors constituer un outil juridique de nature à apporter une réponse à ce déséquilibre.

- Comme toutes les sociétés, les sociétés créées de fait doivent répondre aux conditions de l'article [1832](#) du Code civil. Dans l'hypothèse considérée, le membre du couple souhaitant obtenir la liquidation de la société plaidera qu'il a apporté son industrie s'associant ainsi à son partenaire qui aura apporté son fonds de commerce.
- Cette configuration peut également se trouver dans les situations de concubinage, la société créée de fait jouant ainsi un rôle d'expédient à l'absence de régime matrimonial.
- L'existence d'une société créée de fait peut encore être plaidée lors de la séparation de couples pacés ou mariés lorsque, en application des règles régissant les régimes matrimoniaux, le propriétaire du fonds le récupère alors que sa valeur a augmenté. À nouveau, l'autre membre du couple soutiendra que l'exploitation du fonds professionnel a résulté d'une société créée de fait afin d'en réclamer sa part dans l'augmentation de la valeur au moment de la dissolution de la société.

Les sociétés créées de fait à vocation patrimoniale. La société créée de fait est aussi invoquée afin de caractériser une société patrimoniale. En l'absence de convention d'indivision, il est parfois plaidé que l'habitation d'un même logement constitue une entreprise commune au sens de l'article 1832 du Code civil. L'argument peut sembler déroutant mais il faut se souvenir qu'une société peut avoir une finalité purement patrimoniale. Il demeure que la jurisprudence admet avec beaucoup de réserve la preuve de la constitution de ce type de sociétés.

Les sociétés créées de fait en cas de groupement d'entreprises. Si plusieurs sociétés peuvent décider de s'associer consciemment au sein d'une société en participation, elles peuvent également collaborer sans avoir conscience d'avoir constitué une société entre elles. Dans cette hypothèse, le cocontractant resté impayé peut être tenté de caractériser l'existence d'une société créée de fait afin de se retourner contre les coassociées de cette dernière en démontrant une immixtion ou un acte ayant tourné à leur profit.

§2. La caractérisation de la société créée de fait

Réunion des conditions propres à toute société. À l'instar de toute société, celle créée de fait doit réunir des associés qui conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Invocation par les associés. L'associé qui entend se prévaloir du régime de la société créée de fait doit rapporter la preuve de tous les éléments constitutifs d'une société. S'il y parvient, la caractérisation de la société créée de fait lui permet d'exiger sa part lors de la liquidation de la société. S'agissant des apports, il arrive très souvent que le demandeur se prévale d'un apport en industrie. La question se pose singulièrement dans le contexte de couples qui se séparent. La société créée de fait est ainsi parfois invoquée lorsque l'un des membres du couple a apporté son industrie à l'exploitation d'un professionnel ou lorsqu'il a participé financièrement à l'acquisition d'un immeuble appartenant à son conjoint.

- Outre l'apport, le demandeur doit également démontrer l'*affectio societatis*. C'est souvent sur ce terrain que peut échouer la preuve de la constitution de la société. En effet, la Cour de cassation laisse au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond le soin d'établir l'intention des concubins de collaborer sur un pied d'égalité à un projet commun. Cette référence à l'intention des concubins pose problème. Comme cela a été souligné, la société créée de fait relève davantage de la catégorie des quasi-contrats que des contrats (F. Chénédé, « Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage », *D.* 2010, p. 718). Contrairement au contrat qui est un acte de prévision pour l'avenir, le quasi-contrat est un outil juridique davantage destiné à traiter une situation passée. De ce fait, dans les quasi-contrats, l'intention compte moins que la matérialité de l'engagement. Ainsi, la collaboration effective et égalitaire à l'entreprise commune devrait suffire à caractériser l'*affectio societatis*, sans qu'il soit nécessaire de caractériser l'intention des parties.
- Cependant, même si l'*affectio societatis* est caractérisé sans tenir compte de l'intention des parties, il n'en demeure pas moins que la collaboration égalitaire fait souvent défaut dans ces situations. Par conséquent, la société créée de fait se révèle un outil insuffisant à corriger les disparités causées par la collaboration non rémunérée de l'un des conjoints. L'enrichissement injustifié est un autre quasi-contrat qui a été mobilisé dans ces situations. Pourtant, il s'avère également d'une efficacité limitée, la Cour de cassation retenant souvent que la contribution ne dépasse pas la simple entraide, notamment entre concubins, ce qui aboutit à l'échec de l'action (v. en particulier les trois arrêts : Cass. 1^{ère} civ., 20 janv. 2010, pourvois n^{os} [08.16.105](#), [08-13.400](#) et [08-13.200](#)).
- D'autres mécanismes peuvent encore être mobilisés. Au regard des évolutions législatives les plus récentes, une distinction doit être établie entre la contribution à l'exploitation d'un fonds et la participation financière à l'acquisition d'un immeuble.
- S'agissant de la participation à l'exploitation d'un fonds de commerce, la loi régissant le statut des commerçants conduit à appréhender autrement la question. Pendant longtemps, le conjoint du commerçant ne disposait d'aucun statut, ce qui contribuait à l'invisibilisation de son travail, d'où la tentative de se placer sur le terrain de la société créée de fait ou de l'enrichissement injustifié. Le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux (C. com., art. [L. 121-3](#)). En dehors de cette hypothèse, le conjoint doit désormais opter entre trois statuts : celui de collaborateur (seul statut dans lequel le conjoint n'est pas rémunéré), de salarié ou d'associé. À défaut de déclaration de l'un des statuts, le conjoint est réputé être salarié et ne peut donc plus être considéré par défaut comme collaborateur non rémunéré. De plus, une personne ne peut conserver le statut de conjoint collaborateur pendant une durée supérieure à cinq ans. Au-delà, la personne doit opter pour le statut de salarié ou associé. À défaut, elle est réputée avoir choisi le statut de salariée (C. com., art. [L. 121-4](#)). Cette évolution législative imposant un statut de salarié par défaut devrait limiter les hypothèses dans lesquelles, en cas de séparation, celui qui a contribué à l'exploitation du fonds se trouve sans compensation. Autrement dit, le recours à la société créée de fait paraît moins nécessaire aujourd'hui.

- Ce statut du conjoint du commerçant ne s'applique en revanche pas dans l'hypothèse de la participation financière à l'acquisition d'un immeuble. Toutefois, après la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, il a été suggéré de mobiliser la gestion d'affaires intéressée (F. Chénéde, « La gestion d'affaires intéressée : la réforme du droit des quasi-contrats au secours des concubins ? », *D.* 2017, p. 71). La gestion d'affaires pouvant être partiellement intéressée, cet autre quasi-contrat pourrait ainsi apporter une réponse à l'efficacité limitée des actions intentées sur l'enrichissement injustifié.

Invocation par les tiers. Au regard de la difficulté pour les tiers à rapporter la preuve de tous les éléments constitutifs d'une société dont les associés n'avaient même pas conscience, la jurisprudence fait preuve de souplesse à l'égard du tiers. La simple apparence d'une société créée de fait suffit globalement à caractériser son existence.

La caractérisation de la société créée de fait présente alors pour le tiers l'intérêt de pouvoir invoquer l'article [1872-1](#) du Code civil lorsqu'un coassocié a révélé agir en cette qualité, lorsque par son immixtion il aurait laissé entendre qu'il s'engageait ou lorsqu'un acte a tourné à l'avantage du coassocié.

La société en formation dégénérée en société créée de fait. Les tiers peuvent aussi avoir intérêt à invoquer la société créée de fait dans des circonstances particulières qui tiennent à la dégénérescence d'une société en formation. En effet, il faut se souvenir que, lorsqu'une société est en cours de formation, les personnes qui ont agi en son nom avant l'immatriculation sont, en principe, tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. Toutefois, lorsque la société est régulièrement immatriculée, elle peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci (C. civ., art. [1843](#)). En somme, lorsque la société n'est pas immatriculée, le tiers peut se retourner seulement contre les associés qui se sont engagés personnellement et non contre l'ensemble des coassociés.

Or, ces derniers peuvent s'avérer plus solvables. Sur le seul fondement de l'article 1843 du Code civil, le tiers n'a pas de recours contre les associés qui ne sont pas personnellement engagés. Toutefois, si la société n'a pas été immatriculée et que les associés ont conclu des actes qui dépassent ceux nécessaires au démarrage de la société, la Cour de cassation juge que la société en formation dégénère alors en société créée de fait. Celle-ci n'est plus régie par l'article 1843 du Code civil mais sous l'empire de l'article 1872-1 du même code, ce qui rouvre la possibilité de poursuivre l'un des coassociés qui aurait agi en cette qualité, qui par son immixtion aurait laissé entendre qu'il s'engageait ou encore auquel l'engagement aurait profité.